POR DON IVAN FRANCISCO DE TORRES MONSALVE,

LEGITIMO SVCESSOR DE EL Vinculo, y Mayorazgo que fundaron Fernãdo de Torres del Salto, y D. Francisca de la Serna su muger, sus abuelos paternos.

CON

ANTONIO MARTIN DE PRAdo, y los demas acreedores (que siguen este pleito) a los bienes de D. Francisca de la Serna, y Don Gabriel de Torres Hijo de los dichos Fundadores, y primero llamado al dicho Vinculo y Mayorazgo, en el concurso de sus acreedores.

PARA QVE SE CONFIRME LA SENTENCIA de vista, que en su favor tiene el dicho Vinculo, y su Sucessor en su nombre.

Tertia iuris allegatio, & satisfactoria secundæ adversæ partis allegationi.

EN este pleyto se à dado memorial copioso del hecho, conque no se necessita de su introducion, sino tan solamente de satisfacion a los agravios que se expresan cõtra la dicha sentència de vista.

PRIMERO AGRAVIO.

1 COnsiste, en que dizen los acreedores que suplicaron, que lo contiene la sentencia, en quanto da a D. Iuan Francisco de

Torres, y a su Vinculo, mas de lo que el mesmo pidio en su demanda: y que como consta de su peticion (inserta en su memorial, fol. 5. num. 16.) solamente pide grado por la legitima paterna del dicho D. Gabriel su padre, cõforme a la hijuela de particion, y que en la sentencia no solamente se le da esta legitima, sino tã bien la materna del mesmo D. Gabriel, y el tercio y quinto de D. Francisca de la Serna su madre. Conque dize, que se prueva notoriamente, no tanto la injusticia, quanto la nulidad de dicha sentencia, por los textos vulgares in l. ut fundus, ff. communi dividundo cum vulgatis.

Primera Respvesta.

3 ES de advertir en el hecho, que por esso se expressò en el pedimiento, la legitima paterna de D. Gabriel, respeto de q̃ pretendian estos, y otros acreedores, que lo eran de el susodicho, tener mejor derecho en la dicha legitima paterna, q̃ el Vinculo, y Mayorazgo de D. Iuan, fundados en que en ella le juzgavan por primero fundador del Mayorazgo: y que consequentemente por legitima ya deferida, era tal fundador, y en ella y su cãtidad, avian de preferir sus acreedores, aunq̃ posteriores a la fundacion. Este punto se controvertio en todo el discurso del juyzio, con varias alegaciones de una y otra parte; y por entrambas se informò en derecho, y aviendolo sido por la parte de los acreedores, se satisfizo por la del Mayorazgo, como parece de su segunda informacion, desde el num. 52. hasta el 78. inclusive.

Segvnda Respvesta.

4 ES tambien de advertir, que respeto de q̃ el Vinculo, y Mayorazgo, por lo que a el tocava, en quanto a la legima paterna de D. Gabriel, tenia dos derechos en el cõcurso de sus bienes, y de D. Francisca de la Serna su madre, entrãbos Reos concursados: aunque entrambos derechos Reales, a saber, el de reivendicacion, o adjudicaciõ en caso q̃ se hallassen estãtes, y en especie en este concurso, los mesmos bienes vinculados, iuxta tex. in l. si ventri, ff. de privil. credit. ibi: *& futurũ eum, qui vindicat ante privilegia*. O en caso de no ser extantes los bienes, derecho hypotecario pignoraticio, en fuerça de la escritura anterior, de la administración

minis-

miniſtracion que fue encargada, de los bienes de la particion, a los dichos D. Franciſca, y D. Gabriel ſu hijo, en favor de los intereſſados; y conſequentemente, del Vinculo, y Mayorazgo, como uno, y principal de ellos, cuya fecha fue anterior, no ſolo a los acreedores que ſe agravian, ſino tambien a la meſma fundacion del Vinculo del año de 609.

5 Tambien es todavia de advertir, que ſin atender al tenor del pedimiento, igualmente en las excepciones, replicaciones, y triplicaciones del hecho; y conſecutivamente en las alegaciones de el derecho, ſe fue tratando del derecho del Mayorazgo de 609. deſde el dicho dia 29. de Otubre del meſmo año, en todos los bienes de los fundadores del, A ſaber, tercio y quinto, que cōceden las leyes a todo aſcendiente, legitimas de los hijos, como aya ſu conſentimiento propio de ellos, o en ſu lugar, facultad Real, q̄ los obligue: y aviendo avido eſte conocimiento, en quanto al tercio y quinto de los bienes de D. Franciſca de la Serna fundadora, y de la legitima materna, q̄ en ellos (deſpues de ſus dias) avia de pertenecer a D. Gabriel de Torres ſu hijo, e informadoſe en eſto por los acreedores, ſe reſpondio por el Vinculo en ſu informacion, deſde el num. 79. haſta el 99. incluſive, que lo uno y lo otro ſe puede ver de las informaciones de entrambas partes.

Tercera Respuesta.

6 Reſulta de lo dicho en las dos precedentes, ſcilicet *quod non eſt verum dicere, que la ſentencia de viſta provūciò ultra petita*, porq̄ verdaderamēte petitū en eſtos terminos, ſe dize aquello q̄ no embargante que no ſe contenga en la primera petecion, o libelo, ſe contiene todavia y diſputa en la replicacion del Actor, o en la triplicacion del Reo, como ſucedio en eſte caſo: porque entonces la replicacion del Actor es parte integrante de ſu demanda, y libelo: de la miſma forma es parte integrante de la reſpueſta y eſcrito de excepciones del Reo: y aviendo ſido, como fue, deſta manera, ya no puede tener lugar eſte agravio: *Nec eſt verum dicere pronuntiaſſe iudicem ultra deducta in iudicium*. Y mucho menos ſupueſta la regla del derecho in cap. cum Eccleſia ſutrina de cauſa poſſeſsionis, & proprietatis, ibi; *Verum quoniam in quaestione praedicta quidquid iuris utraque pars ſine ellectione habebat deductum in iudi-*

tium

tium videbatur cum iure civili sit cautum id venire in iuditium, non solũ de quo actum est ut ventret, sed id non venire, de quo nominatim actum est ne veniret, & secundum statuta Canonica ellectionis Episcoporum ad Cathedralium Ecclesiarum clericos regulariter pertinere nos contr. vos duc cimus absolvendos saepedictis Ecclesiarum clericis super hoc perpetuum silentium imponentes.

QVARTA RESPVESTA.

7 SVponiendose lo contenido en las precedentes, y que lo que v. S. y estos señores en vista pronunciaron; fue sobre lo mesmo que fue deduzido en hecho y derecho en el juyzio, ni mas de solamente probado en lo uno y otro, bastara para remover el agravio de contrario, porque quicquid esset de iure civile, en que no avia pequeña controversia per textum ibi, in l. habebat, ff de institutoria actione, todavia el dia de oy supuesta la disposicion de la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. que manda proceder *facti veritate inspecta*, es indubitable que puede y deve el juez condenar en lo probado, aunque no pedido, eleganter in terminis Ioann. Gutierrez lib. 1. practic. q. 100. n. 8.

QVINTA Y VLTIMA RESPVESTA.

8 LA regla de ultra petita, de que tanto fundamento se pretende hazer de contrario, extante la dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. no tiene lugar en España, y mucho menos en los juezes supremos, comò es V. S. porque en los tales la representacion del Principe, obra, que puede proceder eminentemente, sabida la verdad del hecho y derecho, quamvis non servet iuris ordinem, ut probatur per textũ ibi in cap, ad petitionem 22. de accusatiònibus, & ibi notat Barbosa in Collect. num. 4. Probat eleganter in terminis omnino videndus Gaspar Rodrig. de reditibus lib. 1. q. 16. n. 23. lo qual es oy muy recebido en el Consejo, adonde reconociendose el derecho de alguna parte por el pleyto, para evitarlos, se le concede, aunque no se halle pedido: de cuyo exemplar me acuerdo aver oydo tratar à los Abogados, diziendo que sucedio en la causa del Marques de Orellana, que de oficio mandô repeler una demanda de Tenuta, que avia intentado contra el Don Alonso de Salas, sobre el mesmo Mayorazgo de Orellana, cerrando la puerta a que uviesse sobre ello pleyto, y mandando que no tuviesse obligacion a responder a ella.

9 Y pro coronide, no puedo omitir en eſte agravio, de ponderar el texto que para ſu comprobaciõ alega el Abogado de Antonio Martin, que es la lei ſi ex teſtamento 22. ff. de except. rei iudic. q̃ es ex diametro contraria, y que ſe puede retrocer contra quien la alega, pues aquel texto prueva juſtamente, que el brocardico filo ſophico de Ariſtoteles actus agentium non operatur ultra intentionem eorundem, y juridico de Iuliano in l. non omnis 19 ff. rebus creditis, procede tambien en los juezes, y que no ſe produzga coſa juzgada de aquello que ni la parte lo pidio, ni el juez lo dixo, ni ſintio en la ſentencia. Ergo no prueva aquel texto, antes lo contrario, que aunque la parte no lo pida enel libelo, ſi el juez todavia no ſolamente lo ſintio, ſino que lo dixo en la ſentencia, à de produzir coſa juzgada; y eſta es la fuerça de aquellas dos negativas copuladas, que faltando qualquiera dellas, falta lo diſpueſto, fundado, y condicionado en la negativa de entrambas copulativamente.

SEGVNDO AGRAVIO.

10 COmo el potiſſimo fundamento y baſis del derecho de eſte pleito, y juſticia del, tiene ſu apoyo en la fundacion del vinculo del año de 609. a que es inmediato ſuceſſor D. Iuan, que le ſigue, dizen los acreedores que ſe agravian de la ſentencia de viſta, q̃ lo fue en averle preferido a ſus creditos, poſteriores a ſu fundacion del año de 609. y dizen que eſta no à de ſuponer; ni tenerſe por fundacion, ni eſtarſe a ella, en quanto al tercio y quinto, ſino a la del meſmo tercio y quinto, que los meſmos Hernãdo de Torres del Salto, y Doña Frãciſca de la Serna ſu muger, avian hecho el año de 601. que aunque anterior ocho años, pretenden ſacar fruto deſta retrotaccion, de lo q́ ſe dira en los agravios ſiguiẽtes. Pero para probar eſte, ſu Abogado refiere en el num. 9. fol. 3. las palabras literales del ſeñor Luis de Molina lib. 2. c. 10. n. 75. donde dize, que prueva que no pudo D. Franciſca el año de 609. vincular el tercio y quinto de ſus bienes, en virtud de la facultad legal, y que ya avia eſpirado eſta facultad. por aver uſado della en el Vinculo que avia hecho el año de 601.

RESPVESTA.

11 REconozco con la humildad devida, q́ no neceſſitava della eſta alegacion, eſtando en manos de V. S, y eſtos ſeñores,

pero todavia digo, que no solo no se aplica a este caso el lugar, sino que antes parece su antipoda, porque la question q̃ en aquel excitò el señor Luis de Molin. y dize averle sucedido en una opulentissima herencia, fue desde el n. 74. *Vtrum is qui habet regiam facultatem ad instituendum primogenium possit primo maioratu instituto virtute eiusdem Regiæ facultatis, aliud primogeniũ ex tertio & quinto bonorum suorum instituere virtute legum Regiarum.* Y en esta question, y para su perfecta resolucion, haze distincion de tres casos. El primero quando simpliciter, el tal fundador instituyô Mayorazgo, hoc est, sin exprimir, q̃ lo fundava en virtud de la facultad Real, que tenia, ni tampoco en virtud de la facultad que las leyes del Reyno le conceden.

11 Y aora en prosecucion de la perfecta resoluciõ que prometio, dize que en este caso *Cum primum primogeniũ ex legibus Regijs factũ esse censendum sit consequens est ut ex eisdem legibus, secũdum primogeniũ non valeat fieri cum earũ legum facultas in primo actu consumpta fuerit*

12 Pero esto quid omnia commune para el caso deste pleito: del qual, al del señor Molina, ay tres diferencias evidentes.

PRIMERA DIFERENCIA.

13 EN el caso de el señor Molina, el instituidor tenia facultad Real: en el presente, Fernando de Torres, y D. Francisca su muger no la tenian.

SEGVNDA DIFERENCIA.

14 EN el caso del señor Luis de Molina, el instituydor (teniẽdo facultad Real, como està dicho) no dixo en la fundacion, q̃ usava della, ni tãpoco de la q̃ le conceden las leyes deste Reyno. En el presente dixeron Fernando de Torres, y D. Francisca expressamente, que mejoravan en tercio y quinto en virtud de la facultad de las leyes del Reyno.

TERCERA DIFERENCIA.

15 EN el caso del señor Molina, tratava el instituydor de multiplicar Mayorazgo, y tercios y quintos: y aora procede bien la resolucion del señor Luis de Molina en el primero de sus tres casos; A saber, que como la fundacion del primero indubio, & simpliciter censeatur, facta virtute legum Regiarum, y esta no sea para dos tercios, ni para dos quintos, bien se consigue q̃ està absumpta, y usando della una vez, no se puede tornar a usar otra.

En

En nueſtro caſo, Fernando de Torres, y D. Franciſca uſando ex-preſamente de la ley del Reyno, no vincularõ dos tercios, ni dos quintos, ni D. Iuan lo pretende, ſino el meſmo que avian vinculado el año de 601. vincularon el de 609. eſpacificando ſolamente los bienes, como lo pudieron hazer, conforme a la ley 19. de Toro, y entregandolos en eſpecie al primer llamado, conq̃ le hizieron irrevocable para con todo el mundo; y dieron derecho a todos los ſuceſores in infinitum, que es el miſmo q́ por eſte pleyto litiga, y proſigue Don Iuan; contra lo qual, a ninguno de los acreedores deſde aquel dia adelante, pudierõ los fundadores dar derecho alguno en perjuyzio de D. Iuã, y de los demas llamados

TERCERO AGRAVIO.

16 ESte (menos que todo) no neceſſita de reſpueſta, porque es appendix del precedente, y ſe alega la dotrina de la adicion del ſeñor Luis de Molina, pretendiendo que en virtud della, Fernando de Torres, y D. Franciſca, para vincular ſegunda vez (en el año de 609.) el tercio y quinto, neceſſitavan de facultad Real, exprimiendo, y mencionando en ella el otro Vinculo, que antes avian hecho el año de 601. A lo qual ſe halla reſpondido con la falta de aplicacion al caſo preſente: porq̃ la dotrina procede, ſi el fundador quiſiere duplicar tercio y quinto, quando es indubitable, que aviendo abſumido la facultad de las leyes del Reyno, no pudiera nadie vincular otro tercio y quinto, menos que en virtud de facultad Real, y eſſa con expreſſion, y mencion, de que ya avià uſado de la facultad de las leyes del Reyno: a todo lo qual repugna ex diametro, el caſo preſente, adonde ſolo ſe propone unidad de tercio y quinto.

QVARTO AGRAVIO.

17 DIzen, y pretenden los acreedores, que entrambas las fundaciones, hoc eſt, tanto la del año de 601. quanto la de el año de 609. ſe deſvanecieron, y quedaron reduzidas a la ultima fundacion de el año de 611. que es poſterior en tienpo a ſus creditos, y que con ella no les pudieron prejudicar los fundadores; y que eſta fue en virtud de facultad Real, y que a ella, y no a las demas ſe à de eſtar. Eſte intento ſe pretende inſtruir por tres medios: A ſaber, El primero, de la fuerça y eficacia de la facultad Real, de q̃ D. Franciſca (ya difunto ſu marido) uſa, y quiere uſar,

y que

y que conesto reconocio la invalidacion del precediente. El segũdo, porque D. Francisca lo dispuso assi expressamente en la mesma fundacion del año de 611. cuya clausula refiere literalmente el Abogado de los acreedores, n.2. adonde dize, que en virtud de la facultad Real, y de la que en ella se le concede para esto, revoca y anula la fundacion del Vinculo de 609. Y el tercero medio le saca el Abogado, de la palabra incorporacion, de que usa D. Francisca en la dicha fundacion, y dize que esta obra el averse de juzgar todo por la fundacion postrera, de el año de 611. y que siendo (como está dicho) posterior a sus creditos, no les puede causar perjuyzio alguno.

RESPVESTA.

18 ES muy facil, advirtiendo con brevedad, la naturaleza y calidad de lo que se trata, y respondiendo con esta suposiciõ, y con distincion, a cada uno de los tres medios propuestos.

19 Es pues el supuesto indubitable, que el Vinculo, o Mayorazgo de 609. in omnibus & per omnia, para con todos los del mundo (excepto lo que luego se dirà) fue (digamoslo assi) irrivocabilissimo, porque tuvo todas las calidades de la ley 44. de Toro, que es la norma, y forma de esta materia.

20 De este presupuesto, y de otro vulgatissimo, y naturalissimo, q̃ todos los actos humanos an de tener, y estribar su consistencia en la potestad, y volũtad juntamente de los agentes della, taliter, que importa muy poco que quieran, sino pueden, o que puedã, sino quieren, vulgaris text. in cap. cum super, 23. de offic. delegati, a que miraron los dos axiomas filosoficos de Aristoteles, el uno, actus agentium non operantur ultra intentionem eorũdem, que mira a la voluntad. Y el otro, agens non operatur, nisi in paciẽte bene disposito, que mira a la potestad: de que resulta quan poco importara que D. Francisca, en la fundacion del Vinculo del año de 611. quisiesse anular, o revocar el de 609. pues no tenia facultad para ello, y desde el instante de su fundacion, nacio derecho perpetuo, radicado, e irrevocable, al Mayorazgo de 609. y a todos los a el llamados, y substituydos: a todos los quales, y a cada uno dellos, D. Francisca con su dicho ni hecho, no pudo perjudicar en cosa alguna, y assi no ay que disputar de lo que hizo, sino de lo que pudo hazer.

Con

21 Cõ cuyo presupuesto, ya se remueven facilmente los tres medios: y en quanto al primero, de que dixo expressamente q́ usava de la facultad Real, se excluye facilmente, porque este uso solamente era, y podia ser, para aquello de que necessitava de ella, y para en favor y aumento del mesmo Mayorazgo, & ita inducta ad unum effectum augmenti favoris & gratiæ non debent contrarium effectum, hoc est diminutionem preiuditium, & odium operari, l. legata inutiliter 14. ff. de adimendis legatis, regula quod ob gratiam de reg. iuris lib. 6. cũ vulgatis Y el efeto era solamente para que no pudiessen opugnar este Mayorazgo, los otros hijos de D. Francisca por sus legitimas, porque circunscripta esta opugnacion, el Mayorazgo de 609. en lo que tocava a tercio y quinto, y legitimas paterna, y materna de Don Gabriel, no necessitava de facultad, ni D. Francisca, aunque diga que quiere usar de ella, es, ni puede ser mas de para aquello q̃ le fuere necessario, ex vulgari regul. text. in l. 3. ff. de militari testamento, ibi. *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iuditia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

22 Y en quanto al segundo medio, en que dize D. Francisca, que usa de la facultad Real, para revocar, y que revoca el Vinculo de 609. se responde con lo mesmo; A saber, que es engaño evidente el dezir, que la facultad Real la da para revocar Mayorazgos irrevocablemente constituydos: sino solamente para fundarlos en perjuyzio de aquellos que por derecho, y leyes destos Reynos (en que el Principe dispensa, concediendo las tales facultades) podiã impugnar las fundaciones, Antes por el contrario, es clausula de molde en todas las facultades, que contiene que (excepto en las leyes que expressamente dispensa, y deroga) la intencion de el Principe, es no prejudicar a su Real Corona, ni a otro ningun tercero, que tenga derecho. Y en este punto se puede ver lo que està respondido en el Memorial de este pleyto, fol. 12. n. 43. y siguiente, cum late seqq.

23 En quanto al tercero y ultimo medio, tiene menos sustancia, y necessità de menos respuesta, resultante de lo que se acaba de dezir, pues D. Francisca con sus palabras, ni con dezir que incorporava, ni otra qualquier forma, no era capaz para prejudicar a tercero, ni a bienes enagenados, e ya propios del Mayorazgo,

de que ſiempre viene a ſer innegable, que para eſto en ella ſiẽpre claudicava el pie de la poteſtad; y conſequentemente, el Vinculo y Mayorazgo de 609. conſervô ſu derecho ileſo, e intacto, que es el q́ oy ſigue, y repite D. Iuã ſu inmediato ſuceſſor, y llamado.

QVINTO AGRAVIO.

24 DIzen los acreedores, y ſu Abogado, que de qualquiera manera que el negocio ſe conſidere, hoc eſt, que aora ſe aya de eſtar al Mayorazgo de 609. aora al de 611. ſiendo eſta fundacion como D. Iuan pretende, ſolo en virtud de la facultad legal, fue revocable por las deudas deſpues contraidas por los fundadores, reſpeto de averſe de atender al valor de los bienes al tiẽpo de la muerte: porque dizen, que aunque la mejora por las clauſulas ſea irrevocable, quo ad meliorantem, taliter, que el por ſu voluntad expreſſa no la pueda revocar, cõ todo eſſo ſi los bienes ſe diſminuyeſſen ſin fraude, la meſma lei la revoca, quando diſpone q̃ ſe atienda al eſtado y valor que los bienes tuvieren al tiempo de la muerte del fundador, y entonces ſe an de ſacar las legitimas, y eſſas, y los bienes de cada uno, neque ſunt, neque dicuntur, in iure eſſe niſi deducto hære alieno illius cuius ſunt bona: y que eſto lo reſuelve el ſeñor Luis de Molina lib. 4. c. 2. n. 82. y el ſeñor D. Iuan del Caſtillo, y otros: y que el ſeñor Luis de Molina en eſto ſe enmienda a ſi propio, y declara lo que antes dexava dicho lib. 1. cap. 10. y que eſta es la mas verdadera opinion.

RESPVESTA.

25 SI los hijos del fundador, y los acreedores poſteriores del fundador, fueran una miſma perſona; y ſi los derechos perſonaliſſimos de los unos, conforme a los principios de todos, ſe pudieran intentar, o deduzir en juyzio por los otros, ſolo en eſte caſo, y con ſupoſicion de cũplimiento de eſtas dos cõdiciones, pudiera dar algun cuydado a eſte Mayorazgo, y a ſus ſuceſſores, cõfeſſandole ingenuamẽte a ſu Abogado, no que el ſeñor Luis de Molina ſe enmendò, coſa bien indigna de ſu grande autoridad, y eminẽcia en la materia de Mayorazgos, ſino que tan ſolamente ſe explicô, y declarò, para que no fueſſe cauſa de errar, a quien cõ menos circunſpeccion de la materia, leyeſe ſu reſolucion. Iten que eſta no ſe puede, ni deve llamar mas verdadera opinion, ſino verdad llana, legal, e indubitable, y en que no ay opinion, ſino deci

ſion

sion de lei; pero tambien lo ês, como larguissimamente en diversos lugares está probado, y fundado en la primera informacion de D. Iuan, en la tercera respuesta de la tercera oposicion, fol. 11. q̃ este es un derecho personalissimo de los hijos, y el remotissimo de los acreedores; y que aunque es verdad que para con aquellos es modo de diminuir el Mayorazgo irrevocablemēte fundado, la diminucion de bienes por deudas contraydas por su fundador desde el dia de su fundacion, hasta el de la muerte, como el fundador tenga decendientes, y ellos sigan este derecho, y no tenga facultad Real, no tiene ninguna duda: pero tampoco la tiene (y el mismo señor Molina lo resuelve) que sino tiene decendientes, o en caso que los tiene, tiene facultad Real: o en caso q̃ los tenga, si ellos no lo revocaren (q̃ es lo mesmo) no pueden los acreedores pedir cosa alguna: a los quales dize bien el Mayorazgo: *Quo ad te liberas hedes habeo, y me basta la fundacion de mi Mayorazgo, que causò enagenacion de bienes en mi favor: y si mis hermanos, o tios me pusieren pleito, ellos lo podran hazer, e yo me sabre defender: y si me uvierē vencido, y executoriado, y con su executoria diminuyeren mi Mayorazgo, despues de todo hecho, y no antes, con ellos (como herederos de mi padre, o madre) podran los acreedores seguir y sustāciar el pleyto, o pleytos q̃ les convēga, pero antes desto conmigo, ni con mi Mayorazgo (dize D. Iuan) no tienen accion, ni legitiman persona.* l. si pupili, §. videamus. ff. de negocijs gestis, y en tal caso, como a agenti sine actione (aunque yo no lo pidiera) al mesmo juez de su oficio le toca, e incumbe repelerle, e imponerle silencio, ex celebre doctrina glos. ab omnibus recepta in l. ubi pactum, C. de transactionibus.

26 Y es mas digno de nota, lo que animosamente se dize en el num. 19. de la alegacion contraria, scilicet, que lo alegado en este quinto agravio procede mas sin duda en la legitima materna de D. Gabriel, que en ninguna manera se pudo vincular, ni entregar en vida, ni en muerte, non deducto hære aliene. Porque antes por el contrario, es mas sin duda, q́ en esto tiene mucho menos fundamento la pretensiō deste agravio, porque bien pueden los padres entregar en vida sus legitimas a sus hijos, y en este caso no proceder la lei cum queritur, que aqui se alega: pero lo mas indubitable de todo es, que pueden los hijos, aunque tengan acreedores anteriores, consentir que sus padres dexen sus haziendas al

que

que paſſa por la calle, o que ſe las vincule en favor de quien ellos quiſieren, de que ay texto claro y evidente in l. qui autem, 6. ff. quæ in fraudem creditorum. Y ſi eſto pueden hazer en perjuyzio de acreedores hypotecarios anteriores, con mucha mas razon lo pueden hazer en perjuyzio de los poſteriores, como largamente D. Iuan lo tiene fundado en ſu ſegunda informacion, deſde el num, 52. cum latiſſime ſeqq. Y lo que ſe añade num. 21. y dize q́ deſta manera ſe concuerdan las opiniones, ſe excluye facilmente con lo que ſe acaba de dezir, y que la diſtincion es tan verdadera en ſi, y en ſu caſo, quanto ſinieſtra, y menos bien aplicada al de eſte pleito.

27 Y a lo que ſe añade por el Abogado en el num. 23, demas de lo que aqui ſe cõtiene, y acaba de reſponder, ſe ſatisfaze mas biẽ con lo que D. Iuan tiene dicho en ſu ſegunda informacion, n. 96 cum ſeqq. y con lo que ſe contiene en el Memorial de el pleyto, fol. 13. num, 49. & ſeq.

Sexto Agravio.

28 DIzen los acreedores, y ſus Abogados, que le contiene la ſentencia de viſta en quanto aprobó, y mandô preferir a eſte Mayorazgo, y Vinculo, en la legitima paterna de D. Gabriel, y que no pudo D. Franciſca de la Serna vincularla, reſpeto de ſer patrimonio propio del ſuſodicho, y eſtarle ya deferida deſde el inſtãte de la muerte de ſu padre; y que aſſi el meſmo D. Gabriel fue el verdadero inſtituydor del Vinculo de eſta legitima, y que lo pudo muy bien revocar expreſamente, y tãbien tacita cõtrayendo deudas, y ſin que haga obſtancia ſu conſentimiento, porque fue correſpectivo a la ſimultanea vinculacion de las legitimas de ſus hermanos, que no pudo tener ſubſiſtencia, ſino en virtud de facultad Real, y que de la incerteza de eſta, ſe ſubſiguio neceſſariamente la de la legitima de D. Gabriel.

Respvesta.

29 EN la qual es de advertir, que ſi bien en la demanda de Don Iuan ſe comprehendio la legitima paterna de D. Gabriel, en fuerça de aquellas palabras: *Demas de la legitima paterna*, q́ lo obrã, como parece de la demanda, ramo 4 fol. 608, que de propoſito omitio la parte contraria, de poner en el Memorial, iuncta regulã text. in. l. legata, 19, ff, de legatis, 1, ibi: *hoc amplius ei hæres meus dato.*

Bien

Bien lo reconocio assi el Abogado antecessor del presente, en todo lo q́ alegò, e informô en este articulo: y por D. Iuan se le respondio desde el num. 52. y en particular a este articulo, de ser fundacion de D. Gabriel: y de la opinion de Flores de Mena, desde el num. 69. cum latissime seqq. ad ibi dicta nos remitimus ne chrambe repetita nauseam pariat, & occidat.

Septimo Agravio.

30 DIzen los acreedores, y su Abogado, que todavia en caso q̃ se tengan, y juzguen la legitima paterna y materna de D. Gabriel, por bienes de D. Francisca, y a ella por unica fundadora deste Mayorazgo, todavia se avia de tener cõsideracion, y atener al valor, estimacion, y consistencia de bienes de la susodicha al tiempo de su fin y muerte. Este intẽto pretende comunir por otros tres medios. El primero, que en la legitima paterna de Don Gabriel, intervino preambula donacion, a su madre, y que en virtud della, los bienes desta legitima se hizieron de tal manera suyos, que tuvieron respecto al dicho valor del tiempo de la muerte, y por este medio corrieron la mesma fortuna, que los demas de D. Francisca. El segundo, que por el mesmo caso fue ninguna la fundacion, y sujeta a las deudas posteriores despues cõtraidas por la mesma D: Francisca. Y el tercero, que esta nulidad, no solo fue condicional con dependencia del futuro cõtingente de contraer, o no contraer deudas la fundadora, sino tambien ipso iure, y por falta de la vinculacion de las legitimas de los hermanos, que dize correspectivaron el consentimiento que prestó D. Gabriel, a la vinculacion de sus legitimas paterna y materna, de quibus singulis medijs summa cum brevitate videndum est.

De Primo Medio, §. Primus.

31 MVcho de lo que en el se inculca, se duplica, y roça con lo q̃ está dicho; q́ tãto con lo q̃ aqui avemos respõdido, quãto con los lugares de nuestra segunda informacion, a que nos remitimos, no necessitava de mas larga, o por mejor dezir, de reiterada respuesta. Pero tollendæ omnis dubitationis gratia, como dixo el Consulto in l. 1. ff. de edilitio edicto, bien se puede tolerar ut semel dictum vis, & iterum repetatur. Digo pues lo primero. q̃ a la irrevocabilidad de la legitima paterna de D. Gabriel, y a lo q̃ sobre ella avemos escrito en nuestra segunda informacion, nun-

ca pudo causar perjuyzio alguno lo que aora se añade: A saber, lo primero, que dado, y no concedido, que interviniesse preambula donacion, de la persona de D. Gabriel como donador, a la de D. Francisca su madre, como donataria, ya ella quedava señora, y como tal, fundadora deste Mayorazgo, y el con naturaleza de una mera ultima voluntad, sujeta a revocacion, usque ad extremum vite spiritum, ya expressamente revocãdo por palabras, ya tacitamente contrayẽdo deudas por hecho, quo non minus, sed magis quam verbis nostra explicatur voluntas, l. non tantum, ff. rem ratam haberi, l. de quibus, ff. de legibus, cum vulgatis, y que la disposicion de la lei 44. de Toro, en todos Mayorazgos, aũque sea en virtud de facultad Real, y la lei 17, de Toro da la mesma a todas las mejoras.

32 Sed profecto satis inutiliter, se consume tiempo y papel en esto. A que se responde y obsta la mesma inspeccion del instrumẽto de fundacion; la qual fue de bienes in specie, con entrega de ellos al primer llamado, y de la escritura de fundacion, conque nos pudiera escusar el Abogado de gastar tiempo en dezirle, que nos hallamos no en la regla, sino en todas las limitaciones de aquella lei, y que assi queda satis inaplicabilis su alegacion.

33 Digo lo segundo, que quando fuera cierta, que no lo es, la dotrina, de que en la dicha fundaciõ interviniera una donatio præambula de D. Gabriel a su madre, y otra segunda de ella al Mayorazgo, àdhuc no tenia fundamento esta alegacion, para dezir q̃ adquirian los bienes donados, tal calidad en la persona de D. Frãcisca, que quedassen sujetos a la calidad de los demas bienes suyos: porque esto repugna la mesma forma de la escritura, adonde todo fue uno contextu, pues D. Gabriel no consintio mas, sino que su legitima paterna se vinculasse, e hiziesse Mayorazgo en su persona, y de sus decendientes irrevocablemente: conque tãbien es frivolo dezir, que esta legitima de Don Gabriel assumio naturaleza, y patrimonio de los bienes de D. Francisca, para aver de quedar sujeta a sus acreedores, en perjuyzio de los sucessores llamados in infinitũ a este Mayorazgo. Et hæc de primo medio.

De Secundo Medio §. Secundus.

34 Largamente dexamos respondido a esto, tanto en este papel quanto en el segundo, que dimos en la instancia passada, y todo

todo ello se reduze a una palabra, conque D. Iuan excluye, y repele a los acreedores, diziendoles, como les dize muy juridicamẽte; *No sois partes legitimas, & quoad vos liberas hedes habeo,* tanto en la alegacion de la nulidad del gravamen en la legitima, quanto en la nulidad del defecto de el implemento correspectivo: porq̃ en quanto a lo primero, vos no sois hijos de D. Frãcisca de la Serna, a cuya filiacion, sangre y decendencia, personalissimamente aligô la lei el derecho de quexarse deste pretenso gravamen. Y en quanto a lo segundo; porque tampoco vos sois D. Gabriel, quien tambien personalissimamente, y de su propio animo, avia de saber, e intentar esta correspectibilidad, y nulidad del Vinculo de su legitima: y assi mientras no estuvieren en el mundo dos cartas executorias litigadas, y obtenidas, una por los hijos de D. Francisca contra este Mayorazgo, en que le anulen por el gravamen de sus legitimas: y la otra por D. Gabriel (que tambien tenia inevitable dependencia de la passada) en que dixesse, que por averse desvanecido el Vinculo, en quanto a las legitimas de sus hermanos, se auia tambien de anular en quãto a su legitima, por defecto de implemento correspectivo. Pero mientras esto no se halla, los acreedores bien reconocido de q́ no tienen derecho propio, le intentan deduzir prestado, para lo uno de los hijos de D. Francisca, y para lo otro de D. Gabriel, terceros y no litigantes en este pleyto, quod nullo iure licet, antes omni iure prohibetur, ut nullus dicat de iure tertij nec ex eo pars legitima efficiatur, dict. l. si pupili, §. videamus, ff. de negocijs gestis. l. loci. §, competit. ff. de seruitutibus urbanorum cum vulgatis, Et hæc de secundo medio.

De Tertio Medio §. Tertio.

35 A Este tercero medio se halla respõdido en los precedentes, con solamente la negativa, de que estas proposiciones en si, y en el hecho, no son ciertas, ni verdaderas Y que caso negado, que lo fueran, contienen derecho de terceros, para que los acreedores no son partes, ni pueden ser admitidos a alegarlo.

36 Sin que obste lo que a esto se añade; A saber, que D. Gabriel declaró su animo y voluntad de anular el Mayorazgo de su legitima, con el propio hecho que hizo de las enagenaciones de algunos de los bienes en especie, que se avian vinculado, y con las imposi-

posiciones y fincas de tributos que sobre ellos impuso, conque era preciso reputarlos por libres. Porque lo primero en el hecho, esta alegacion no subsiste, y se excluye bien por lo que se contiene en el Memorial, fol. 8. desde el num. 26. hasta 52. Y en el derecho, por lo que largamente avemos dicho en la primera informacion de las dos de la instancia passada, fol. 11. respuesta 3. in fine musco.

Octavo y Vltimo Agravio.

37 DIzen los acreedores, y su Abogado, que su pretension està executoriada por dos cartas executorias en su favor contra este Mayorazgo, y contra D. Iuan, como su sucessor; y que assi le obsta su excepcion, para que no pueda, ni deva (en esta razon) ser oydo, toto titulo. ff. de exceptione rei iudicate, cap. unico de litis contestatione lib. 6.

Respvesta.

38 ES tan perẽptoria, que no tan solamente responde, antes retuerce esta alegacion contra los acreedores; y q̃ si bien nũca tuvieron, ni pudieron tener tal executoria contra el Mayorazgo, antes retuerce contra ellos esta exçepcion, y es a quien se halla por este pleyto obstar su eficacia, porque aviendo opuesto de estas dos pretensas cartas executorias, y cosa juzgada de ellas, excepcion en fuerça de dilatoria, y para impedir el ingresso y progresso de este pleyto, huvo executoria, en que respondiessen, por autos de vista y revista, la qual obró cosa juzgada, de que no le obstava a D. Iuan cosa juzgada, taliter, que ni en fuerça de dilatoria, ni de peremptoria, se puede yà tratar de esto otra vez, como se halla bien fundada en nuestra segunda informacion de la instãcia passada, desde el num. 29. cum seqq. Y los autos de vista y revista en esta razon en favor del Mayorazgo, estan desde fol. 18. en el Memorial.

Ex quibus parece bien fundada la justicia de el Mayorazgo, para que se aya y deva confirmar la sentencia de vista, que en su favor tiene, y assi lo espera. Salvo, &c.